

A configuração de inconstitucionalidade por omissão em decorrência de declaração, em sede do controle concentrado ou abstrato, de inconstitucionalidade parcial ou total de ato normativo derivado de anterior omissão do Poder Legislativo

Samuel Martins Feliciano

Introdução – separação dos poderes, Estado federativo e identificação da situação problema

A separação de poderes representa uma das estruturas primordiais do constitucionalismo moderno. Ainda que se considere Montesquieu como o principal formulador dessa idéia, foram os autores da Constituição norte-americana de 1787 que fizeram uma significativa transformação do conceito ao torná-lo um mecanismo constitucional de coordenação e controle do Estado por meio da teoria dos *checks and balances*.¹

A compreensão de poder é ambígua, sendo que no próprio texto constitucional pode-se admitir a existência de três significados do termo “poder”, que alternam de acordo com o contexto semântico. Primeiramente, “poder” é caracterizado como a noção de soberania, conforme art. 1º, parágrafo único, no sentido de que “todo poder emana do povo”. A expressão “poder” também pode se referir aos órgãos de Estado, quais sejam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tal como ocorre na redação do art. 2º da Constituição Federal. Por derradeiro, o termo “poder” pode ser referido às respectivas funções desempenhadas pelos órgãos estatais, tal como ocorre nos textos dos artigos 44 e 76 da Magna Carta, ao se reportarem às funções legislativas e executivas.

O que resta evidente é a divisão de poderes, tanto em termos de órgãos, quanto de funções. Porém, necessário ponderar os termos dessa divisão. Compreender a

¹ MADISON, James. O federalista n. 51. In: _____. HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera: Unb, 1984, p. 417-421.

divisão dos poderes não implica admitir uma distinção absoluta, pois é sabido que qualquer um dos poderes exerce, em certa medida, as funções legislativas, executivas ou judicantes. Assim, é correta a compreensão de que o critério de diferenciação corresponde à função predominante de um determinado órgão.

Retomando a teoria dos *checks and balances*, rememore-se que a mesma institui mecanismos de controle recíproco que permitem a interferência de um poder na esfera de atuação do outro, já se admitindo desde logo como grande exemplo o controle de constitucionalidade. Portanto, deve-se compreender o princípio da separação fundamentado em duas dimensões: a relativa às garantias de independência entre os poderes e outra que prevê os mecanismos de controle recíproco.

Vile, ao discutir a teoria da separação dos poderes, constata que hoje se lida com “sérios problemas” tanto na análise política quanto no campo das funções governamentais e sua divisão entre os órgãos de governo, bem como em termos de relacionamento entre esses mesmo órgãos. Considerando o caso brasileiro, o crescimento da Administração Pública traduzida em sua capacidade normativa, tanto primária quanto secundária, bem como, por meio do surgimento de várias agências, tanto executivas quanto reguladoras, dotadas de destacada autonomia, colocaram em dúvida a validade da teoria da separação dos poderes. Vile, no entanto, defende a teoria de separação dos poderes afirmando pela necessidade de se ter alguma idéia, mesmo que vaga, sobre as estruturas que devem servir de guias na determinação do que é uma “desejável organização de governo”. Em face disso, o autor justifica a doutrina de separação de poderes, pois para ele não há preparo para aceitar que o governo possa se tornar, com fundamento na “eficiência” ou em qualquer outra razão, uma única e indiferenciada estrutura monolítica, tampouco se aceita o governo como simples e acidental aglomeração de relações puramente pragmáticas².

De toda forma, ainda que sobrevivente e primordial na organização pública, o princípio da separação dos poderes, inicialmente forte, deve ser atualmente compreendido a partir de ajustes considerando as diferentes realidades constitucionais, devendo se flexibilizar diante da necessidade latente de ceder espaço para legislação emanada do Poder Executivo (Medidas Provisórias, por exemplo) ou ainda para as

² VILE, M.J.C. *Constitutionalism and separation of powers*. 2. Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p.11.

denominadas sentenças aditivas proferidas pelos tribunais em sede de controle de constitucionalidade.

A realidade de funcionamento dos poderes repercute em que, qualquer omissão por Executivo, Legislativo e Judiciário, abre margem para – ainda que, *a priori*, formal e constitucionalmente indevida – assunção por um deles de algumas prerrogativas dos outros dois, em dinâmica constante e recíproca. Exemplifica-se com situação em que o Poder Legislativo permanece omissos em determinado mandamento constitucional que pede formulação legal e vem o Poder Executivo e o faz não por meio de edição de ato normativo infralegal. Da mesma forma, em decorrência de omissão do Poder Legislativo, pode o Poder Judiciário, em sede de sua atuação, decidir por conceituação, eventualmente com efeito *erga omnes*, que deveria ser objeto de lei.

A mesma situação em relação à convivência de competências e de atuação se dá no plano federativo. O problema do qual se ocupa o federalismo é expresso do seguinte modo por Leslie Lipson³:

Nenhum governo moderno, ainda que de proporções mínimas, consegue realizar todas as suas atividades num só lugar. Ante o fato de ser a amplitude territorial do Estado, necessariamente, da mesma extensão que a da sociedade, onde quer que existam relações individuais com indivíduos, há de surgir situações que exijam regulamentação governamental, a ser precedida *in loco*. Desse modo, todo o sistema político, independente de sua natureza, deverá estabelecer medidas visando à administração local. Duas indagações logo se apresentam, inevitavelmente: Que funções deverão ser atribuídas a cada esfera? Que autoridades há de preponderar, as centrais ou as locais? O problema que propõe essas indagações possui diversas ramificações de caráter fundamental para a arte de governar. Desde que os governos começaram a ser organizados como base territorial, suas estruturas passaram a ser, de modo necessário, influenciadas por considerações referentes à sua área geográfica. O Estado é condicionado pela geografia e também pela história. Suas atividades se estendem, sem solução de continuidade, através do espaço e do tempo. Daí haver surgido o problema – e sempre ele surgirá – qual seja o de vincular funções, instituições e a jurisdição do Estado à área que lhe cumpre servir. Trata-se de um quebra-cabeça que não é fácil de resolver-se, porquanto os limites que seriam os mais convenientes do ponto de vista de determinada atividade governamental raramente são idênticos aos que se ajustam a outra.

³ LIPSON, Leslie. *Os grandes problemas da ciência política*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 363.

A organização federativa do Estado diz respeito à divisão do poder em um dado território, em termos de governos autônomos regionais ou locais. Necessariamente, a forma federal de Estado pressupõe a existência de estados federais que compartilham com o poder central da União a responsabilidade do exercício do poder político. A forma de compartilhamento, o estabelecimento das fronteiras entre os entes federados e a resolução de conflitos daí resultantes constitui o quebra-cabeça ao qual se refere Lipson, acima citado. A forma federal não é o único modo de lidar com o problema acima apontado, embora seja uma das formas mais difundidas. Para tal, basta pensar que países bastante distintos em termos econômicos e sociais, como os Estados Unidos da América, o Brasil, a Argentina, a Alemanha e o México adotam a forma federativa de Estado.

Assim, a distinção entre ambas as formas de Estado reside mais na autonomia constitucional conferida aos entes federados, como salienta Kelsen⁴: “Por essa autonomia constitucional dos Estados componentes – mesmo que limitada –, o Estado federal diferencia-se do Estado unitário relativamente descentralizado, organizado em províncias autônomas”.

Estabelecida a diferença entre a forma federativa e a forma regional de Estados, há que se centrar na análise da Administração Pública no contexto do Estado federativo, mais especificamente o caso da Federação brasileira sob a Constituição Federal de 1988. A noção de autonomia federativa é constituída de dois elementos básicos: a existência de órgãos governamentais próprios e de competências exclusivas. As competências, no âmbito da CF de 88, envolvem três grandes áreas específicas: matéria política, administrativa (art. 18 a 33) e financeira (arts. 145 a 162).

Em razão do caráter cooperativo do atual federalismo brasileiro, a Constituição de 1988 adota, em termos de repartição de competências, um sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo. De acordo com o modelo clássico de competências, cuja base é estadunidense, a Constituição brasileira estipula competências enumeradas para União (arts. 21 e 22) e Municípios (art. 30) e atribui aos Estados a competência residual (art. 25, § 1º). De acordo com o modelo moderno de repartição de competências, de base austríaca/germânica, a Constituição de 88

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, p. 310.

estabelece, por um lado, um amplo rol de competências administrativas comuns, ou seja, de execução (art. 23), entre todos os entes federados e, de outro lado, estipula um grande número de competências legislativas concorrentes entre todos os entes federados, excluídos os Municípios (art. 24).

A distribuição de competências constitucionais entre os entes federados, assim como a feita entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, resulta, necessariamente, no conflito entre aqueles. A razão está basicamente em disputas entre os próprios entes federados, quer em termos políticos, quer em termos econômicos.

Introduzida a questão da separação de poderes e da organização federativa, necessário pontuar a ocorrência de duas situações que se apresentam como estruturantes da questão a ser discutida no presente trabalho. A primeira está representada no fato histórico de uma atuação dos estados membros e dos próprios municípios consistente em, na configuração de inércia legislativa da União e da premência de concretização de políticas públicas, invadir seara de suposta competência legislativa da União e promulgar atos normativos sobre os quais paira dúvidas quanto à sua constitucionalidade. A segunda situação, consistente na assunção pelo Executivo e até mesmo pelo Judiciário da função normativa em áreas sobre as quais o Legislativo tinha o dever de atuar em razão de mandamento constitucional, tem razão na atual e divulgada apatia do poder Legislativo em adimplir com sua função precípua.

Necessário ressaltar que em ambas as situações a atuação do poder Executivo ou do Judiciário e do estado ou município, supostamente incompetentes, ocorre em razão da omissão daqueles que possuíam a competência e o dever de legislar sobre a matéria, quais sejam, respectivamente, o poder Legislativo e a União, também por meio do Congresso Nacional.

Também nas duas situações, vislumbra-se possível inconstitucionalidade. No caso da assunção pelos poderes Executivo e Judiciário da função normativa de área reservada à lei, inconstitucionalidade formal e material por afronta direta aos princípios da separação dos poderes e da legalidade, em sentido estrito. Já no caso da invasão pelos estados e municípios de matéria de competência da União, a inconstitucionalidade seria formal pela não observância do regramento das regras constitucionais anteriormente mencionadas.

Configurada a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, referidos atos estariam sujeitos ao controle de constitucionalidade tanto difuso quanto concentrado. Para o presente trabalho, interessa a hipótese do controle concentrado, mais precisamente em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A situação do ato normativo do estado ou município pode ser condensada da seguinte forma:

- (i) União, em razão de preceito constitucional, tem o dever de, por meio de seu Legislativo, elaborar lei, só que não o faz;
- (ii) Estado ou município, em razão da omissão da União e da necessidade de normativa naquela área para implementar política pública, tomar uma medida administrativa ou por qualquer outro motivo; elabora e concretiza ato normativo, que pode ser lei, sem a devida competência, mas sem afrontar diretamente qualquer conteúdo materialmente presente na Constituição Federal de 88;
- (iii) Um dos legitimados do art. 103, CF, propõe Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), fundamentando inconstitucionalidade formal;
- (iv) O Supremo Tribunal Federal (STF), no controle concentrado, se pronuncia no sentido da inconstitucionalidade do ato normativo, provocando novamente a situação de omissão da União em legislar sobre o assunto.

A situação do ato normativo do poder Executivo ou Judiciário que invade matéria sobre a qual há reserva legal conforme ditame da Constituição de 88 pode ser resumida da mesma forma que anterior, com os seguintes ajustes:

- (i) Poder Legislativo tem a competência e o dever de concretizar lei sobre determinada matéria de interesse do poder Executivo ou Judiciário, mas não o faz, permanecendo inerte;
- (ii) Poder Executivo ou Judiciário, em razão da omissão do Poder Legislativo e da necessidade de determinado regramento na sua área de

atuação, elabora e concretiza ato normativo, ainda que extrapolando o poder regulamentar e invadindo matéria de reserva legal;

(iii) Um dos legitimados do art. 103, CF, propõe ADI, fundamentando pela inconstitucionalidade formal e material do ato normativo do poder Executivo (por exemplo, um Decreto) ou Judiciário (por exemplo, uma Resolução do Tribunal Superior Eleitoral);

(iv) O STF, no controle concentrado, declara inconstitucional o ato normativo, retornando-se à situação de omissão do poder Legislativo.

Nesses dois casos, resta evidente que o STF, por meio da declaração em sede de controle concentrado da inconstitucionalidade dos atos normativos, e não por culpa direta, já que a omissão legislativa era preexistente, resgata situação de omissão legislativa, sendo que tal situação, de acordo com o art. 103, § 2º, da Constituição de 88, também é passível de controle de constitucionalidade por omissão. Dessa forma, a problemática se apresenta, uma vez que necessário discutir se a omissão só poderá ser combatida em eventual proposição por um dos legitimados de nova ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou se no mesmo ato que declarou a inconstitucionalidade do ato normativo do estado ou do município/Executivo ou Judiciário, o STF poderia se pronunciar em relação à omissão. Há que se questionar ainda, admitindo esta última hipótese, se ela estaria condicionada a prévio requerimento do legitimado que propôs a ADI ou se outro fator justificaria a solução da situação de omissão ainda que não existente a prévia provocação.

Alguns parâmetros da jurisdição constitucional necessários para solução da situação-problema

Kelsen afirma que uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória. E não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou o ato inconstitucional, porquanto tal providência não o retira do ordenamento jurídico. Faz-se mister a

existência de órgão incumbido de zelar pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição⁵.

Nesse sentido, destaca-se a importância da definição da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade, de forma a proteger o ordenamento constitucional e jurídico como um todo. Entretanto, a leitura estrita de controle negativo apresentado nos primeiros escritos de Kelsen, mostrar-se-á insuficiente para situação problema anteriormente descrita.

Como já afirmado, a hipótese a ser discutida no presente artigo está situada no campo do controle de constitucionalidade concentrado abstrato, pelo que se faz necessária uma recapitulação sucinta dos tipos de controle de forma a situar o leitor no campo de análise a ser trabalhado.

O controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal.

No controle incidental ou difuso a inconstitucionalidade é argüida no contexto de um processo ou ação judicial, em que a questão da inconstitucionalidade configura um incidente, uma questão prejudicial que deve ser decidida pelo Judiciário para resolver a lide principal.

O controle de constitucionalidade concentrado ou em abstrato permite que a questão constitucional seja suscitada autonomamente em um processo ou ação

⁵ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. Tradução do Alemão por Alexandre Krug, do italiano por Eduardo Brandão e do Francês por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 139-140.

principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei. Em geral, admite-se a utilização de ações diretas de inconstitucionalidade ou mecanismos de impugnação *in abstracto* da lei ou ato normativo.

Também relevante para discussão do tema abordado a identificação da distinção entre a inconstitucionalidade formal ou orgânica e a inconstitucionalidade material, sendo a primeira pertinente ao conteúdo da norma e a segunda às regras de caráter procedimental.

Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.

Em relação ao vício de constitucionalidade material ou substancial, cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e necessidade do ato legislativo.

Para correta compreensão do problema e da eventual solução proposta, necessário rememorar a diferença das chamadas inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão. A inconstitucionalidade por ação pressupõe uma conduta positiva do legislador, que se não compatibiliza com os princípios constitucionais consagrados. Ao revés, a inconstitucionalidade por omissão decorre, fundamentalmente, de uma lacuna inconstitucional (*verfassungswidrige Lücke*), ou do descumprimento da obrigação constitucional de legislar (*Nichterfüllung Gesetzbungsaufträgen*)⁶.

A inconstitucionalidade por ação é a que resulta da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição. Como já afirmado, a garantia jurisdicional da Constituição representa elemento do sistema de medidas técnicas cujo objetivo é assegurar o exercício regular das funções estatais, as quais possuem caráter jurídico

⁶ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 960.

inerente: consistem em atos jurídicos. São eles atos de criação de normas jurídicas ou atos de execução de Direito já criado.

A noção de controle de constitucionalidade tem origem no fato de a Constituição apresentar-se como base indispensável das demais normas jurídicas, que, na lição de Kelsen, ‘regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal’⁷.

Se da atividade legislativa provém uma norma contrária ou incongruente com os preceitos constitucionais, seja no plano da regularidade do processo legislativo, seja no plano do direito material regulado, o ordenamento jurídico oferece mecanismos de proteção à regularidade e estabilidade da Constituição.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade variam de acordo com os modelos e sistemas, mas todos têm o mesmo objetivo de expulsar do ordenamento jurídico as normas que são incompatíveis com a Constituição.

Já a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação. No sentido da importância e dificuldade no tratamento hermenêutico do instituto da inconstitucionalidade normativa versa Gilmar Mendes⁸:

“Tem-se *omissão absoluta ou total* quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional. É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno, envolvendo não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador, e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. O constituinte brasileiro de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade da omissão.”

⁷ KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*. Tradução do Alemão por Alexandre Krug, do italiano por Eduardo Brandão e do Francês por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 131.

⁸ MENDES, Gilmar. *Curso de...*, cit, p. 975.

Na situação-problema objeto do presente trabalho, rememore-se que preexistia uma situação de omissão, corrigida equivocadamente por ato inconstitucional e revivida em razão de declaração de inconstitucionalidade.

Rememore-se que podem ser impugnados por ação direta de inconstitucionalidade leis ou atos normativos federais ou estaduais, tendo utilizado o constituinte de formulação abrangente de todos atos normativos primários da União ou dos Estados (art. 102, I, *a*). Dentre esses atos, podem ser objeto de ADI os atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público criadas pela União, bem como os regimentos dos Tribunais Superiores, se configurado seu caráter autônomo, não meramente ancilar; outros atos do Poder Executivo com força normativa, como os pareceres da Consultoria-Geral da República, devidamente aprovados pelo Presidente da República ou Decreto que assumam perfil autônomo ou exorbite flagrantemente do âmbito do Poder Regulamentar; leis estaduais editadas para regulamentar matéria de competência exclusiva da União; e atos normativos expedidos por pessoas jurídicas de direito público estadual.

No julgamento de ADI ou de Ação Declaratória de Constitucionalidade, o STF tanto poderá declarar a constitucionalidade da lei como a sua inconstitucionalidade. Neste caso, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade corresponde, via de regra, a uma declaração de nulidade da lei. À decisão de inconstitucionalidade atribui-se eficácia *ex tunc*. O tribunal poderá, porém, por maioria de 2/3 dos juízes, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (Lei n. 9.868/99, art. 27).

Para solução da situação-problema posta, esclarece-se que o objeto da ADI por omissão é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional. Na situação trabalhada, a morosidade está presente antes da concretização de lei inconstitucional e, em razão da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, revive e pede solução.

Sobre a inconstitucionalidade por omissão, passado algum tempo da promulgação da Constituição de 88, haverá grande dificuldade de identificar, com a ressalva de uma ou de outra exceção, uma omissão pura do legislador. O atendimento insatisfatório ou incompleto de exigência constitucional de legislar configura, sem dúvida, afronta à Constituição. A afirmação de que o legislador não cumpriu, integralmente, dever constitucional de legislar contém, implícita, uma censura da própria normação positiva.

A declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial do legislador – mesmo nesses mecanismos especiais como o mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade da omissão – contém, portanto, a declaração da inconstitucionalidade da lei.

Em complementaridade a coexistência na omissão parcial de declaração de inconstitucionalidade por omissão e de declaração de inconstitucionalidade da lei, um dos objetivos do presente artigo é também identificar no atuar do STF censura da normação positiva, por meio da análise de uma ADI, a existência de elemento de omissão subsistente que já mereça solução, identificando a existência e, se for o caso, características do instrumento de decisão que permita referida solução.

O papel da jurisdição frente à declaração de inconstitucionalidade que revive situação de omissão legislativa, justificadora de proposição de ação de inconstitucionalidade por omissão

Rememore-se que a situação problema trabalhada pelo presente artigo é a seguinte: de situação de inobservância de um dever – do poder Legislativo ou da União – constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação que identifica omissão legislativa considerando mandamento constitucional, resulta um atuar – do estado ou do poder Executivo ou Judiciário – que concretiza um ato normativo naquele plano jurídico. Após, provocado por um dos legitimados no art. 103, da CF de 88, o STF, em sede de controle abstrato de constitucionalidade declara referido ato normativo inconstitucional, retirando do ordenamento jurídico ato nulo, com efeito *erga omnes* e, via de regra, *ex tunc*, mas

revivendo situação de omissão que deixa desatendidos aqueles cidadãos que já haviam sofrido os efeitos do ato normativo inconstitucional.

Nesse plano, necessário identificar no atuar do STF na censura da normação positiva, por meio da análise de uma ADI, a existência de elemento de omissão subsistente que já mereça solução, identificando a existência e, se for o caso, características do instrumento de decisão que permita referida solução.

Uma primeira hipótese a ser trabalhada é estabelecer um paralelo da presente situação com aquela identificada por uma omissão parcial de ato normativo que pede, em sua solução, a declaração de inconstitucionalidade total ou de determinados trechos.

A imprecisa distinção entre ofensa constitucional por ação ou por omissão leva a uma relativização do significado processual-constitucional desses instrumentos especiais destinados à defesa da ordem constitucional ou de direitos individuais contra a omissão legislativa, sendo ela o fato preponderante ou subsistente de eventual declaração de inconstitucionalidade. De uma perspectiva processual, a principal problemática assenta-se, portanto, menos na necessidade de instituição de determinados processos destinados a controlar essa forma de ofensa constitucional do que na superação do estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa.

Dado que no caso de uma omissão parcial existe uma conduta positiva, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato. Tem-se, pois, aqui, uma relativa, mas inequívoca fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato por omissão, uma vez que os dois processos – o de controle de normas e o de controle da omissão – acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.

O raciocínio inverso também pode ser construído, segundo o qual, sendo a declaração de inconstitucionalidade a responsável pela superveniência ou “ressurreição” da situação de omissão legislativa, também se deve enxergar a mesma fungibilidade, solucionando-se os dois problemas, ou seja, retirando o ato normativo inconstitucional do ordenamento jurídico e já adotando o padrão de notificação ao Legislativo para ele corrigir a informação. Nesse sentido, necessário evoluir ainda mais

a construção de forma a encontrar mecanismo que permita, até a solução da omissão pelo legislativo e ponderados alguns requisitos justificadores, a permanência em vigência de lei inconstitucional.

Entretanto, necessário esclarecer não ser esta a compreensão histórica na jurisprudência do STF. O Tribunal, em julgado relativo à suposta exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, afirmou que não caberia à Corte converter a ADI em ADI por omissão. Tratava-se de argüição na qual se sustentava que o ato da Receita Federal, ‘ao não reconhecer a não-incidência do imposto (IPMF) apenas quanto a movimentação bancária ocorrida nas aquisições de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos promovidas pelas empresas jornalísticas’, estaria ‘impondo a exigência do imposto relativamente às demais operações financeiras e transferência praticadas por essas empresas, em operações vinculadas à feitura do jornal, livros e periódicos, tais como pagamento a fornecedores de outros insumos, pagamentos de mão-de-obra e serviços necessários à confecção do jornal (...)’

Fundamentou da seguinte forma a Corte:

‘Configurada hipótese de ação de inconstitucionalidade por omissão, em face dos termos do pedido, com base no § 2º do art. 103 da Lei Magna, o que incumbe ao Tribunal – afirma o Relator, Ministro Néri da Silveira – é negar curso à ação direta de inconstitucionalidade ‘ut’ art. 102, I, letra ‘a’, do ‘Estatuto Supremo’. Na mesma linha de argumentação, concluiu o Ministro Sepúlveda Pertence que ‘o pedido de ação direta de inconstitucionalidade norma é de todo diverso do pedido da ação de inconstitucionalidade por omissão’, o que tornaria inadmissível a conversão da ação de inconstitucionalidade positiva, que se propôs, em ação de inconstitucionalidade por omissão de normas’⁹

Ao contrário do argumentado na referida decisão, compreende-se que o problema não decorre propriamente do pedido, até porque, como afirmado por Gilmar Mendes e outros, em um ou em outro caso, tem-se sempre um pedido de declaração de inconstitucionalidade. Em se tratando de omissão a própria norma incompleta ou defeituosa há de ser suscetível de impugnação na ação direta de inconstitucionalidade, porque é de uma norma alegadamente inconstitucional que se cuida, ainda que a causa

⁹ ADI 986, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 8-4-1994.

da inconstitucionalidade possa residir na sua incompletude ou na total omissão provocada pela declaração de inconstitucionalidade¹⁰.

Sendo assim, o cerne da discussão reside menos na escolha de um processo especial do que na adoção de uma técnica de decisão apropriada para superar as situações inconstitucionais propiciadas pela chamada omissão legislativa, e aqui que se apresenta a grande questão.

É fácil ver, assim, que a introdução de um sistema peculiar para o controle da omissão e o entendimento de que, em caso de constatação de uma ofensa constitucional em virtude da omissão do legislador, ou o inverso, independentemente do processo em que for verificada a falha, a mesma deve ser superada mediante ação do órgão legiferante, colocaram os pressupostos para o desenvolvimento de uma declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, também no Direito brasileiro.

Ressalte-se novamente que esta não é compreensão preponderante na jurisprudência histórica do STF, sendo a aplicação de referido entendimento um fenômeno relativamente recente. A impossibilidade de conversão da ADI em ADI por omissão ficou consignada nas ADI-MC 986, relator Ministro Néri da Silveira, ADI 1.439, relator Ministro Celso de Mello, e ADI-QO 1.442, também da relatoria do Ministro Celso de Mello; pelo que, apesar de ainda não aventada, poder-se-ia tirar a conclusão de que a hipótese aqui estudada também não seria admitida¹¹.

Pondere-se que este instrumento de decisão que permita a solução imediata da omissão revivida não representa um privilégio do sistema brasileiro, tampouco medida precursora consideradas os ordenamentos jurídicos estrangeiros. No caso da Corte Constitucional Alemã, a identificação de omissão inconstitucional do legislador, no juízo de constitucionalidade, tornava imperioso o desenvolvimento de novas técnicas de decisão, que se afigurassem adequadas a eliminar do ordenamento jurídico essa peculiar forma de afronta à constituição, sem violentar a própria sistemática constitucional consagrada pela Lei Fundamental. A Corte Constitucional recusou, de plano, a possibilidade de substituir-se ao legislador na colmatação das

¹⁰ MENDES, Gilmar. *Curso de...*, cit., p. 1133.

¹¹ Como se demonstrará com a apresentação de exemplos fáticos, há precedentes do STF que, constituída situação de omissão em decorrência de declaração de inconstitucionalidade de lei estadual por invadir esfera de competência da União, soluciona a omissão e, mais que isso, preserva o fato constituído, ainda que inconstitucional.

lacunas eventualmente identificadas, entendendo que a tarefa de concretização da Constituição foi confiada, primordialmente, ao legislador. Assim, tanto o princípio da divisão de Poderes, trabalhado no início desse artigo, quanto o postulado da democracia obstavam a que os Tribunais se arrogassem ao direito de suprir lacunas eventualmente identificadas.

Referido posicionamento provocou o desenvolvimento pelo Tribunal, como técnica de decisão aplicável aos casos de lacuna inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarerklärung*), caracterizada por uma decisão de caráter mandamental, que obriga o legislador a suprimir, com a possível presteza, o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão. Essa forma de decisão, construída pela jurisprudência, foi incorporada à lei que disciplina o processo perante a Corte Constitucional Alemã.

Outra técnica de decisão desenvolvida, sobretudo para os casos de omissão inconstitucional, é o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), decisão na qual se afirma que a situação jurídica em apreço ainda se afigura constitucional, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade. Segundo Gilmar Mendes, a doutrina constitucional moderna pondera que o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*) pode ser significado apenas como uma decisão de rejeição de inconstitucionalidade, caracterizando-se essa recomendação dirigida ao legislador como simples *obiter dictum*. Afirma o autor que essa qualificação não retira a eficácia desse pronunciamento, não havendo, até agora, registro de qualquer caso de recalcitrância ou de recusa do legislador no cumprimento do dever constitucional de legislar¹².

Ainda no plano do direito comparado, tem-se que no ordenamento jurídico português, reconhece-se a possibilidade do Tribunal Constitucional limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, na forma do art. 282, da Constituição:

“Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá se fundamentar, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.º 1 e 2”

¹² MENDES, Gilmar. *Curso de ...*, cit., p 1125-1126.

Nesse sentido, o ensinamento de Jorge Miranda¹³:

“A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.”

Na Espanha, apesar da Constituição e da lei orgânica do Tribunal Constitucional não adotarem normativa expressa de que declaração de inconstitucionalidade com efeitos mitigados, a Conter Constitucional, espelhando-se na experiência alemã, passou a adotar a técnica da declaração de constitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Garcia de Enterría¹⁴ descreve da seguinte maneira referida medida:

“A recente publicação no Boletim oficial do Estado de 2 de março último da já famosa Sentença 45/1989, de 20 de fevereiro, sobre inconstitucionalidade do sistema de liquidação conjunta do imposto sobre a renda da unidade familiar matrimonial, permite aos juristas uma reflexão pausada sobre esta importante decisão do Tribunal Constitucional, objeto já de múltiplos comentários periodísticos. A decisão é importante, com efeito, por seu fundamento, a inconstitucionalidade que declara, tema no qual não haver sido produzido até agora, discrepância alguma, Mas parece-me bastante mais importante ainda pela inovação que se supõe na determinação dos efeitos dessa inconstitucionalidade, que a sentença remete ao que indica no décimo-primeiro fundamento e este explica como uma eficácia para o futuro, que não permite reabrir as liquidações administrativas ou dos próprios contribuintes (auto-liquidações) anteriores”

Portanto, em relação à instrumento de decisão que permita fazer na situação-problema algo semelhante com o definido no modelo alemão, tem-se que a Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático de uma *declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (sem a pronúncia da*

¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: 1991, t. 2, p. 500-2.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*. In: Revista de Direito Público, nº 92; out-dez de 1989, p. 5.

nulidade), na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada *omissão do legislador*.

Neste ponto, prudente trazer à baila o art. 5º, LXXI, da Constituição, que previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ao lado desses instrumentos, destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o constituinte, no art. 103, § 2º, um sistema de controle abstrato da omissão. Assim, reconhecida procedência da ação, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis. Se se tratar de órgão administrativo, está ele obrigado a colmatar a lacuna dentro de um prazo de trinta dias.

Assim como já afirmado, essa questão ganhou nova dimensão prática com a admissão da declaração de inconstitucionalidade com eficácia restrita (art. 27 da Lei n. 9.868/99).

Como não se cogita da cassação da lei defeituosa ou imperfeita, nos casos de omissão parcial – e, conforme raciocínio construído, também no caso de omissão total revivida em razão de declaração de inconstitucionalidade –, compreende-se possível que a situação anterior (inconstitucional) deveria subsistir até a edição das novas regras porque nas duas situações descritas se limita o Tribunal a declarar a inconstitucionalidade de determinada situação jurídica. Sustenta-se, portanto, que as normas antigas preservariam a sua força até a promulgação das novas disposições requeridas expressamente que deu pela procedência da ação, sendo este o instrumento de decisão, a partir do art. 27, na sua última parte, da Lei nº 9.868/99, que garante a solução da omissão legislativa revivida.

A tese segundo a qual, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, a lei haveria de preservar a sua validade até a promulgação das novas regras, porque o Supremo Tribunal Federal, nos processos de controle de omissão, limita-se a declarar a inconstitucionalidade de determinadas situações jurídicas, não se compatibiliza com a idéia assente no Direito Brasileiro que considera nula a lei inconstitucional¹⁵. A compreensão que vinha se apresentando majoritária na

¹⁵ Rp. 971, Rel. Djaci Falcão, RTJ, 87 (2)/758; Rp. 1016, Rel. Moreira Alves, RTJ, 95 (3)/998.

jurisprudência do STF é de que Constituição de 1988 não parece fornecer qualquer fundamento para aplicação indiscriminada da lei inconstitucional. O princípio do Estado de Direito e a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais, estabelecidas no art. 5º, § 1º, da Constituição, estariam a indicar que não basta a promulgação de uma lei. A lei exigida pela Constituição, tal como ocorre no Direito alemão, não pode ser qualquer lei, mas lei compatível com a Constituição. Admitida essa argumentação contrária, atribuir-se-ia, portanto, hierarquia de norma constitucional, também no Direito brasileiro, ao postulado da nulidade das leis inconstitucionais.

Para essa compreensão, a aplicação continuada da lei declarada inconstitucional somente poderia justificar-se com fundamento em uma *alternativa normativa* de hierarquia constitucional, disposição supostamente inexistente no Direito brasileiro. Ao se partir deste fundamento, chegar-se-ia a constatação de que a inconstitucionalidade parcial – ou eventual omissão revivida por declaração de inconstitucionalidade –, no processo de controle abstrato da omissão ou no processo de controle abstrato por ação, deveria ter como consequência, também no direito brasileiro, a suspensão da aplicação de todo o complexo normativo questionado.

Desde já e independentemente de excepcionalidade constatada no próprio ordenamento constitucional, defende-se a compreensão já apresentada de que o art. 27 da Lei nº 9.868/99 é elemento suficiente para aplicar no Brasil, na situação problema discutida, o instituto da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, ainda que adaptada a realidade do ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, ainda que admitida fosse a idéia de que a declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial exigiria a suspensão de aplicação dos dispositivos impugnados, não se deve olvidar que, em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional.

Isto poderia ser demonstrado com base no exame de algumas normas constitucionais que requerem, expressamente, a promulgação de leis. Gilmar Mendes¹⁶ traz o seguinte exemplo:

Nos termos do art. 7º, IV, da Constituição, o trabalhador faz jus a 'salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de

¹⁶ MENDES, 2007,, p. 1202-1203.

atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (...)'.

Essa norma contém expresso dever constitucional de legislar, obrigando o legislador a fixar salário mínimo, que corresponda às necessidades básicas dos trabalhadores.

Se o Supremo Tribunal Federal chegasse à conclusão, em processo de controle abstrato da omissão ou mesmo em processo em processo de controle abstrato de normas – tal como ocorreu com o *Bundesverfassungsgericht*, a propósito da lei de retribuição dos funcionários públicos, em processo de *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*) –, de que a lei fixa salário mínimo não corresponde às exigências estabelecidas pelo constituinte, configurando-se, assim, típica inconstitucionalidade em virtude de omissão parcial, a *suspensão de aplicação* da lei constitucional – assim como sua eventual cassação – acabaria por agravar o estado de inconstitucionalidade. É que, nesse caso, não haveria lei aplicável à espécie.

Portanto, a *suspensão da aplicação* da norma constitui consequência fundamental da decisão que, em processo de controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão e no mandão de injunção, reconhece a existência de omissão parcial. Todavia, ter-se-á de reconhecer, inevitavelmente, que a *aplicação da lei*, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela própria Constituição. Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até promulgação de nova lei.

A compreensão, portanto, é de que o art. 27, da Lei nº 9.868/99, é instrumento normativo suficiente para justificar instrumento de decisão que permite tanto a suspensão da aplicação da lei como legitima o Supremo Tribunal Federal a, sob determinadas condições, autorizar a aplicação do direito inconstitucional, nos casos constitucionalmente exigidos.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído nos últimos anos, considerando o advento da citada lei, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova alternativa para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Há, inclusive, pronunciamento, de que essas novas técnicas de decisão encontram morada também no controle difuso de constitucionalidade¹⁷.

Cite-se o seguinte precedente do STF neste sentido¹⁸:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.066, DO ESTADO DO PARÁ, QUE ALTERANDO DIVISAS,

¹⁷ RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07/05/2004.

¹⁸ ADI 3689 / PA – PARÁ. Relator Ministro Eros Grau. DJ 29/06/2007.

DESMEMBROU FAIXA DE TERRA DO MUNICÍPIO DE ÁGUA AZUL DO NORTE E INTEGROU-A AO MUNICÍPIO DE OURILÂNDIA DO NORTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. A fração do Município de Água Azul do Norte foi integrada ao Município de Ourilândia do Norte apenas formalmente pela Lei estadual n. 6.066, vez que materialmente já era esse o município ao qual provia as necessidades essenciais da população residente na gleba desmembrada. Essa fração territorial fora já efetivamente agregada, assumindo existência de fato como parte do ente federativo --- Município de Ourilândia do Norte. Há mais de nove anos. 2. Existência de fato da agregação da faixa de terra ao Município de Ourilândia do Norte, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua conseqüente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A integração da gleba objeto da lei importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do

Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a ex istência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 6.066, de 14 de agosto de 1.997, do Estado do Pará.

Decisão

Após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (Relator), julgando improcedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. Falaram, pelos amici curiae, Município de Água Azul do Norte e Prefeitura Municipal de Ourilândia do Norte, ambos do Estado do Pará, respectivamente, o Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin e o Dr. Sérgio Bermudes. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 15.03.2007.

Decisão: O Tribunal, à unanimidade, julgou procedente a ação direta, e, por maioria, ao não pronunciar a nulidade do ato impugnado, manteve sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro).

meses até que o legislador estadual estabeleça novo regramento, nos termos do voto reajustado do Senhor Ministro Eros Grau (Relator) e do voto-vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, vencido, nesse ponto, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que declarava a nulidade do ato questionado. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Não votaram os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa.

Plenário, 10.05.2007.

No mesmo julgamento, da ADI 3869, destacam-se alguns trechos do voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, com grande influência na decisão final adotada pela Suprema Corte:

“A questão pendente neste julgamento está em definir quais os contornos que a inevitável decisão do Tribunal deve assumir para que seja, na maior medida possível, menos gravosa à realidade concreta fundada sobre a nova entidade federativa.

A solução para o problema, a meu ver, não pode advir da simples decisão de improcedência da ação. Seria como se O Tribunal, focando toda sua atenção na necessidade de se assegurar realidades concretas que não podem mais ser desfeitas e, portanto, reconhecendo plena aplicabilidade ao princípio da segurança jurídica, deixasse de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei constitucional.

Não se pode negar a relevância do princípio da segurança jurídica neste caso. Porém, estou convicto de que é possível primar pela

otimização de ambos os princípios, tentando aplicá-los, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso pode nos apresentar. [...]

Essa necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica constitui o *leitmotiv* para o desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão no controle de constitucionalidade. [...]

Ressalte-se, ainda, que a evolução das técnicas de decisão em sede de controle judicial de constitucionalidade deu-se no sentido da quase integral superação do sistema que Canotilho denominou “*silogismo tautológico*”: (1) uma lei inconstitucional é nula; (2) uma lei é nula porque inconstitucional; (3) a inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade e a nulidade à inconstitucionalidade. Tal como demonstrado, a técnica da nulidade revela-se adequada para solver as violações das normas constitucionais de conteúdo negativo ou proibitivo (v.g., direitos fundamentais enquanto direitos negativos), mas mostra-se inepta para arrostar o quadro de imperfeição normativa, decorrente de omissão legislativa parcial ou da lesão ao princípio da isonomia. Assente, igualmente, que o princípio da segurança jurídica é um valor constitucional relevante tanto quanto a própria idéia de legitimidade. Resta evidente que a teoria da nulidade não poderia ser aplicada na linha do velho adágio “*Fiat justitia, pereat mundus*”.

Não se poderia declarar a nulidade de uma lei que pudesse importar na criação de um caos jurídico ou, em casos extremos, produzir aquilo que alguém chamou de um ‘suicídio democrático’, cujo melhor exemplo seria a declaração de nulidade de uma lei eleitoral de aplicação nacional a regular a posse dos novos eleitos. Restou, assim, superada, por fundamentos diversos, a fórmula apodítica ‘constitucionalidade/nulidade’ anteriormente dominante. Não se poderia negar que muitas situações imperfeitas de uma perspectiva constitucional dificilmente seriam superadas com a simples utilização da declaração de nulidade.

Essa tendência, no sentido da adoção cada vez maior de técnicas diferenciadas de decisão no controle de constitucionalidade, é também resultado da conhecida relativização do vetusto dogma kelseniano do ‘legislador negativo’. [...]

Assim, além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme a Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da ‘lei ainda constitucional’ e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal. [...]

É certo, outrossim, que, muitas vezes, a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade, recomendando a adoção de alguma técnica alternativa, com base no próprio princípio constitucional da segurança jurídica. Aqui, o princípio da nulidade deixaria de ser aplicado com fundamento no princípio da segurança jurídica. [...]

O art. 27 da Lei nº 9.868/99 veio preencher a lacuna – já detectada pelo Tribunal – existente no âmbito das técnicas de decisão no

processo de controle de constitucionalidade. É que, como anotado com precisão pelo Sepúlveda Pertence, ‘a alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo (...)’¹⁹. Essa deficiência se mostrou notória já na decisão de 23.3.1994, na qual o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de ampliar a complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a defensoria pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados. [...]

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação.

Em muitos casos, então, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de um declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito. [...]

O que importa assinalar é que, segundo a interpretação aqui preconizada [do art. 27 da Lei nº 9.868/99], o princípio da nulidade somente há de ser afastados se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. [...]

Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade um *quorum* especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados. Terá significado especial o princípio da proporcionalidade, especialmente a proporcionalidade em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), tendo em vista o confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade.²⁰ [...]

Assim sendo, voto no sentido de, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADI 3.862.”

¹⁹ RE 147.776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/06/1998.

²⁰ Cf. ADI 3.022/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 18/08/2004.

Conclusão

Apesar do funcionamento das estruturas administrativas brasileiras, considerando-se os conflitos de competência permanentes entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário ou ainda entre os entes federados, provocar, eventualmente, a concretização atos normativos inconstitucionais que buscam suprir eventual omissão existente, ainda que referidos atos sejam declarados inconstitucionais, a jurisdição constitucional brasileira tem instrumento de decisão suficiente para não só identificar a inconstitucionalidade, mas também, sendo o caso, por meio de mecanismo previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, suspender a aplicação da lei, bem como legitimar o Supremo Tribunal Federal a, sob determinadas condições, autorizar a aplicação do direito inconstitucional, nos casos constitucionalmente exigidos.

Portanto, evidente que a introdução de um sistema peculiar para o controle da omissão e o entendimento de que, em caso de constatação de uma ofensa constitucional em virtude da omissão do legislador, ou o inverso, independentemente do processo em que for verificada a falha, a mesma deve ser superada mediante ação do órgão legiferante, colocaram os pressupostos para o desenvolvimento de uma declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, também no Direito brasileiro.

Na solução apresentada, que encontra guarida na recente jurisprudência do STF, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional não perde sua validade. Não há possibilidade, porém, de aplicação de referido princípio nos casos em que se mostrar absolutamente incongruente para a finalidade perseguida (como os casos de omissão apresentados no presente trabalho como situação-problema), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pode trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional, representando grave ameaça à segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Não se defende aqui que referido mecanismo seja adotado como regra. Para situações ortodoxas, válida e necessária a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa, com bases kelsenianas fortes. Afastar essa solução pede um cuidado juízo de ponderação que, levando em consideração a proporcionalidade, deve significar a prevalência da idéia da segurança jurídica ou outro princípio constitucional estruturante de interesse social relevante.

O fundamento de que a utilização do art. 27 da Lei nº 9.868/99 não deve ser calcada em ponderações de política judiciária, mas sim em argumentação constitucional própria como mencionado no parágrafo anterior, permitirá, tal qual no direito comparado, o sucesso e a consolidação de referida técnica de decisão no ordenamento jurídico pátrio.

Bibliografia

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ANDRADE, Milton Nunes Veloso de. **Técnicas de decisão no controle de constitucionalidade e limites jurídicos e políticos da interpretação constitucional**. Disponível na internet em <http://www.andradeveloso.adv.br/revista/blackberry/Docs/PDFs/T%C3%A9cnicas%20Decis%C3%A3o%20ContrConst%20Limites%20JuRPol%20%20InterprConst%20-%20Milso%20Andrade%20%28final%29.pdf>. Consultado em 20/07/2010.

ARENDDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Ana Paula de Barcellos. .. [et. al]; organizador: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Constituição da República Federativa do Brasil – obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 13 ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERNÁNDEZ, Rodrigues. **La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho comparado. El caso español**. Madrid: Civitas, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*. In: **Revista de Direito Público.**, nº 92; out-dez de 1989. RT: São Paulo, 1989.

HÄRBELE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Härbele**. Organizador Diego Valadés; traduzido, do espanhol, por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **El estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Tierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes.

_____. A garantia jurisdicional da Constituição. In: **Jurisdição constitucional**. Tradução do Alemão por Alexandre Krug, do italiano por Eduardo Brandão e do Francês por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003

LIPSON, Leslie. **Os grandes problemas da ciência política**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MENDES, Gilmar. *Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v2, n. 5, p. 62-64, out./dez. 1993

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2007.

_____. **Jurisdição Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 1996.

_____. *O apelo ao legislador: appellentscheidung, na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 10, p. 33-51, 1995.

_____. *Controle de constitucionalidade: análise das leis n.ºs 9.868/99 e 9.882/99*. **Revista Consulex**, v5, n. 101, p. 35-41, mar. 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: 1991.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis: textos escolhidos com notas de Voltaire e outros pensadores**. 6ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2007.

PAIVA, Paulo. **A fungibilidade entre ADI e ADO e as técnicas de decisão que resolvem omissões legislativas inconstitucionais parciais**. Disponível na internet em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/387/265>. Consultado em 20/07/2010.

SCHIMTT, Carl. **La Defensa de La Constitución**. Madrid: Ed. Labor, 1931.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

VILE, M.J.C. **Constitutionalism and separation of powers**. 2. Ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.